

N. 01555/2010 REG.SEN.

N. 01173/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1173 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Impresa Cerutti Lorenzo S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Carnevale Schianca, Ignazio Pagani, Lorenzo Chidini, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via San Dalmazzo 24;

contro

Anas S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato e domiciliata per legge in Torino, corso Stati Uniti, 45;

nei confronti di

Lis S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Luca Griselli, Patrizia Polliotto, Marco Salina, con domicilio eletto presso l'avv. Patrizia Polliotto in Torino, via Roma, 366;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione a contrarre CIG 032807935A del 4.6.2009, avente ad oggetto l'indizione dell'appalto "lavori di rifacimento delle pavimentazioni stradali dal Km 77 000 al Km 127 000 della S.S. n. 33 del Sempione";

del bando e del disciplinare della gara d'appalto n. 20009PA020 - pubblicata in data 12.6.2009 - concernente la procedura aperta in relazione ai "lavori di rifacimento delle pavimentazioni stradali dal Km 77 000 al Km 127 000 della S.S. n. 33 del Sempione", con particolare riferimento alla clausola che impone l'inserimento nella Busta C - "giustificativi" a corredo dell'offerta, apena di esclusione;

del provvedimento n. prot. CTO 0034108P del 15.10.2009 con il quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla suddetta gara d'appalto;

dell'intervenuto provvedimento di aggiudicazione definitiva, avente data e numero di protocollo sconosciuti;

di ogni altro atto pregresso, propedeutico, collegato, consequenziale o comunque connessi al provvedimento impugnato;

nonché per il risarcimento di ogni danno patito e patiendo.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Lis S.r.l.;

Esaminate le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 12/02/2010 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. L'ANAS S.p.a. pubblicava un bando di gara a procedura aperta per l'affidamento di lavori di rifacimento della pavimentazione stradale della S.S. n. 33 del Sempione per un importo di € 2.618.000. A pag 7 del Disciplinare era stabilito che nella busta G dovessero essere inseriti a pena di esclusione i giustificativi a corredo dell'offerta ai sensi dell'art. 86 comma 5 e 87 del d.lgs. n. 163/2006.

L'impresa Cerutti Lorenzo s.r.l. presentava la domanda di partecipazione, inserendo nella busta G "Giustificativi", la Tabella A "analisi dei prezzi offerti" e la Tabella B "schema per la giustificazione dell'aliquota per spese generali".

Offriva un ribasso di soli € 24,397% inferiore alla soglia di anomalia calcolata in € 19.37440, pari al 24,397%.

Senonché nella seduta del 21.9.09 il Responsabile del procedimento facendo proprio l'avviso della Commissione tecnica di verifica delle offerte anomale escludeva dalla gara de qua l'impresa Cerutti per l'asserita omessa presentazione nella busta C Giustificazioni della documentazione richiesta per la verifica dei dati esposti nelle Tabelle A e B. Il Presidente della commissione giudicatrice dichiarava l'esclusione della ricorrente per omessa documentazione giustificativa prescritta a pena di esclusione alle pagg. 7,8 e 9 del disciplinare, esclusione comunicata alla Cerutti in 15.10.2009.

Stante l'esclusione anche dell'impresa che aveva proposto il maggiore ribasso, la Cerutti risulta prima classificata.

2. Insorge la predetta impresa con il ricorso in epigrafe impugnando il provvedimento che l'ha estromessa dalla competizione.

Il gravame è affidato a due motivi composti da plurime doglianze.

Il 25.11.2009 la ricorrente depositava motivi aggiunti con i quali riproponeva in toto i due motivi del ricorso principale e aggiungeva un terzo motivo.

Il 16.11.2009 si costituiva l'impresa Lis s.r.l controinteressata e il 1.1.2009 l'Avvocatura di Stato in rappresentanza dell'ANAS.

La controinteressata notificava il 5.12.2009 un ricorso incidentale poi depositato il 10.12.2009, con il quale censurava la stessa ammissione alla gara dell'impresa ricorrente.

Dopo una serie di rinvii domandati dalle parti litiganti, alla Camera di Consiglio del 17.12.2009 la Sezione accoglieva la domanda cautelare delibando, con Ordinanza n. 100.2009 del 21.12.2009, la fondatezza del ricorso principale e la manifesta infondatezza di quello incidentale.

Alla pubblica Udienza del 12.2.2009 sulle conclusioni delle parti e sulla Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano il complessivo materiale di causa veniva introitato per la definitiva decisione di merito.

DIRITTO

1.1. Deve preliminarmente il Collegio farsi carico del ricorso incidentale, interposto dalla controinteressata in data 10.12.2009 e mirante alla pronuncia di illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale. Trattasi, dunque, di ricorso c.d. paralizzante che, determinando, in caso di suo accoglimento, la pronuncia di inammissibilità del gravame principale per difetto di legittimazione ad agire, va esaminato per primo (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11.2.2009, n. 401) posto che alla gara hanno partecipato e sono state ammesse all'ultima fase ben cinque imprese.

Con il primo motivo la controinteressata si duole dell'omessa esclusione dalla gara della ricorrente, malgrado essa non abbia reso le dichiarazioni di moralità relativamente al sig. Allegra Giuseppe, amministratore delegato.

1.2. La Sezione già in sede deliberativa cautelare ha profusamente motivato l'infondatezza del motivo, denotando e qui dovendo confermare, che dalla visura camerale in atti emerge che il sig. Allegra ha deleghe limitate al settore della sicurezza sui cantieri, essendo osservatore di cantieri operativi, curando la predisposizione dei piani di sicurezza aziendali indicati dai committenti, essendo responsabile del servizio di prevenzione e protezione ex d.lgs. n. 626/1994.

Viceversa i sig. Cerutti Carlo e Sandra hanno il potere di rappresentare la società nei confronti delle Amministrazioni, di assumere somministrazioni e appalti di qualunque tipo, ricevere commissioni da pubbliche amministrazione, stipulare e firmare i relativi contratti.

1.3. La voluntas legis sottesa al disposto dell'art. 38, lettera c) del d.lgs. n. 163/2006 va infatti correttamente rinvenuta nell'esigenza di garantire l'Amministrazione, attraverso la dichiarazione impegnativa dell'insussistenza di condanne penali, ancorché a pena patteggiata ma non estinte, che sono immuni da pregiudizi penali tutti gli amministratori della società che possano entrare in contatto con la stazione appaltante in virtù dei loro poteri di firma e di rappresentanza effettiva dell'appaltatore.

Ne consegue che non è richiesta la produzione di siffatte dichiarazioni nei riguardi di quegli amministratori che in forza delle pattuizioni sociali non siano titolati a stipulare contratti per conto dell'impresa e a rappresentarla all'esterno nei rapporti negoziali.

Non avendo, quindi, il sig. Allegra alcun potere di intervenire nei rapporti negoziali con la P.A., non era tenuta la ricorrente e produrre la dichiarazione di cui all'art. 38 lett.c) relativa alla persona del medesimo.

Il primo motivo del gravame incidentale è pertanto infondato e va respinto.

2.1. Con il secondo mezzo la controinteressata reclama l'esclusione dalla gara della Cerutti perché essa aveva subito quattro anni prima un decreto penale di condanna al pagamento di 1000 euro per violazione delle norme sulla sicurezza sui luoghi di lavoro.

Già in sede cautelare la Sezione ha rimarcato che la valutazione di gravità o meno di un reato e la sua incisione sulla moralità professionale dell'appaltatore mettono capo all'espressione di un giudizio discrezionale che pertiene unicamente alla stazione appaltante (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 20.7.2009, n. 601; Consiglio di Stato, Sez. V, 12.6.2009, n. 3773).

2.2. Va qui unicamente precisato che in conformità ai principi generali sulla motivazione dei provvedimenti ampliativi, che predicano la dequotazione dell'obbligo di motivazione per l'adozione di atti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, qualora l'amministrazione ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente, non incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto suo convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia attraverso l'ammissione alla gara dell'impresa stessa.

È la valutazione di gravità, invece, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale, come già la Sezione ha avuto modo di chiarire in un precedente che vedeva proprio l'odierna ricorrente autrice del ricorso (.T.A.R. Piemonte Sez. I, 9.9.2008, n. 1886).

Anche il secondo ed ultimo motivo del ricorso incidentale si profila dunque infondato e va respinto.

In definitiva il gravame incidentale, come già lumeggiato in sede cautelare, si prospetta manifestamente infondato e va respinto.

3.1. Venendo ora all'esame del gravame principale, va rammentato che come risulta dal provvedimento del 15.10.2009 (doc. 35 ricorr.) l'esclusione è stata disposta per "omessa documentazione giustificativa prescritta, a pena di esclusione dal disciplinare di gara (pagg. 789)". Già in fatto la Cerutti lamenta l'erroneità di tale assunto, poiché assume di aver prodotto invece, le documentazioni giustificative del prezzo offerto per cui la sua mancanza integrerebbe, al massimo gli estremi di una produzione documentale incompleta. Ma non le sono state fornite spiegazione in ordine a quali omissioni avrebbe commesso.

La censura è fondata in fatto, risultando ai docc. 33 e 34 della ricorrente numerosissime analisi giustificative addirittura redatte sul modello predisposto a tal fine dall'Anas, nonché vari preventivi di fornitori e certificati di produzione in fabbrica di varie componenti.

Che il motivo dell'esclusione sia stato quello riportato nell'impugnato provvedimento del 15.1.2009 risulta anche dal verbale di gara n. 2 (doc. 38 ricorr.) contenente la stessa dicitura, poiché, come è precisato nella motivazione, la ricorrente non avrebbe incluso nella busta C la documentazione occorrente per la verifica dei dati esposti nelle Tabelle A e B.

Tuttavia, come notato al doc. 33 e 34, la ricorrente ha allegato un fascicolo contenente "elementi e offerte per la redazione delle analisi giustificative", recante fogli timbrati e sottoscritti dalla Cerutti Lorenzo s.r.l..

Ne consegue che l'esclusione è stata disposta senza il previo necessario esame in contraddittorio delle giustificazioni ed analisi del prezzo già allegate a corredo dell'offerta. Per ciò solo si appalesa illegittima per violazione dell'art. 87 del d.lgs.163/2006 che in recepimento dell'orientamento della Corte di Giustizia 27.11.2001 n. 285) vieta l'esclusione di un offerente in assenza di contraddittorio successivo.

3.2. Purtuttavia il ricorrente, rubricando violazione di varie norme del Trattato CEE, degli artt. 2, b6 del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 2 e 55 della Direttiva 2004/18 Cee e del principio di proporzionalità, nonché eccesso di potere per irrazionalità, ultroneità, inadeguatezza e sproporzione rispetto al pubblico interesse, impugna la stessa norma della lex specialis (pagg. 7,8,9 del Disciplinare agli atti) che imponeva la presentazione a corredo dell'offerta delle analisi giustificative del prezzo, sanzionando l'eventuale omissione con l'esclusione immediata dalla procedura ed invoca all'uopo i noti precedenti della Sezione di cui a T.A.R. Piemonte, Sez. I, 8.11.2008, n. 897 Ord. e T.A.R. Piemonte, I, 14.1.2009, n. 83).

Già in quelle occasioni il Tribunale ha sancito l'illegittimità di una norma di lex specialis di gara che impone a pena di esclusione di corredare le offerte delle analisi giustificative del prezzo, profilandosi violativa del principio di proporzionalità la previsione di una sanzione espulsiva a fronte dell'omissione di un adempimento che può rivelarsi inutile ex post per l'ipotesi in cui l'impresa che abbia infranto quella prescrizione si riveli non anomala, venendo in rilievo la mancata produzione delle giustificazioni, costituente solo un onere collaborativo dei concorrenti, soltanto nella successiva fase di verifica della congruità delle offerte che siano effettivamente sospette di anomalia.

Quei precedenti non possono che essere qui ribaditi e segnala il Collegio come siano stati anche confermati dalla successiva giurisprudenza del Giudice d'appello (Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009 , n. 3146; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2009 , n. 2348)

Il motivo coglie dunque nel segno e va accolto dovendosi annullare le disposizioni della legge di gara che sanzionavano con l'esclusione l'omessa produzione delle giustificazioni dell'offerta.

3.3. Con il secondo motivo il ricorrente denunciando specificamente, oltre che illegittimità derivata, anche la violazione dell'art. 87 del Codice, oltre che eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione e violazione dell'art. 46 stesso codice e del correlativo dovere di soccorso, lamenta che l'esclusione è stata pronunciata pur avendo la Cerutti inserito nella busta C le analisi del prezzo e le ulteriori giustificazioni, conseguendone che al più, ove la commissione le avesse ritenute insufficienti, potrebbe parlarsi di incompletezza e giammai di totale omissione di allegazione.

Ne consegue che la commissione doveva, comunque, dar luogo alla fase di verifica successiva, attivando il c.d. contraddittorio successivo, prima di procedere all'esclusione della ricorrente.

La ricorrente all'uopo cita Cons. Stato, V, 13.2.2009 n. 826 che statuisce la necessità di garantire l'effettiva fase di valutazione in contraddittorio successivamente all'apertura delle buste.

Avendo la ricorrente ottemperato alla prescrizione di inserire nella busta C le giustificazioni, tanto con riferimento alla tabella A che a quella B, la Commissione ha disapplicato la fase di verifica in contraddittorio.

3.4. La censura è fondata e va pertanto accolta.

È fin troppo noto che sotto la spinta della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia 27.11.2001 n. 285) che aveva statuito l'impossibilità di escludere un offerente dalla gara senza porre in essere la fase di verifica successiva, in contraddittorio con il medesimo, delle giustificazioni già prodotte in sede di gara, il Codice dei Contratti ha a chiare note stabilito che a fronte di un'offerta anomala che sia stata corredata delle giustificazioni preventive, qualora queste non siano ritenute sufficienti a pervenire ad un giudizio di congruità, l'Amministrazione deve procedere ai sensi dell'art. 88, ossia convocare l'offerente e consentirgli di presentare elementi integrativi di giudizio ed ulteriori giustificazioni.

Ha poi subito precisato, il comma 1 dell'art. 87, che "all'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio".

La chiarezza del dettato normativo consente di valutare fondata la doglianza della ricorrente che lamenta la omessa attivazione del contraddittorio successivo'esclusione e è quindi illegittima.

4.1. Il terzo motivo di gravame, primo ed unico dei motivi aggiunti, non introduce per il vero elementi di novità, costituendo sviluppo del precedente motivo. La ricorrente si duole in fatti che la commissione non l'ha sollecitata a produrre le giustificazioni secondo il modulo procedurale e definito all'art. 88 del Codice.

La ricorrente non è stata quindi posta in grado di presentare per iscritto le ulteriori giustificazioni eventualmente ritenute necessarie a fugare sospetti di anomalia, per cui non è mai stato attivato il sub procedimento descritto dalla citata norma.

4.2. La censura è fondata sulla scorta di quanto già spiegato in sede di disamina del motivo che precede.

Va soltanto soggiunto che l'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che in caso di offerta anomala l'Amministrazione, dopo aver esaminato gli elementi costitutivi dell'offerta sulla base delle giustificazioni fornite, può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando al concorrente un termine non inferiore a cinque giorni e lo invita ad indicare ogni elemento che ritenga utile.

Tale norma è stata patentemente violata nella procedura di gara all'esame del Collegio, essendo stata disposta l'esclusione della Cerutti senza consentirle di ulteriormente addurre elementi atti a provare la bontà della sua offerta.

In definitiva, sulla scorta delle argomentazioni finora illustrate il ricorso principale si profila fondato e va accolto.

Le spese debbono seguire la soccombenza e sono liquidate in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte – Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'A.N.A.S. S.p.A. a pagare alla ricorrente le spese di lite che liquida in euro 4.000,00 oltre accessori.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 12/02/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Richard Goso, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO